

TD
82

TESIS



**PARTICIPACION CIUDADANA Y CONTROL EN LA GESTION PUBLICA
COMO MEDIOS DE GARANTIA DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES**

Ricardo Mario Rejtman Farah
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
1985

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR	
Fac. C. Jur. Biblioteca	
No. Ord.	46.346
Ubic.	35 (043)
Mat.	REJ E. 1

35

ESTADO, SOCIEDAD, PARTICIPACION Y DERECHO

Es evidente que detrás de la apariencia inmutable de las cosas, emerge una estructura social cambiante, diferente, flexible en la que quizás las mismas palabras ya no cubren la misma realidad.

Se ha señalado que uno de los mayores estigmas que pueden imputarse al Derecho en general, y particularmente al Derecho Administrativo, es el constituirse como testigo ciego de la realidad que lo circunda. Ha señalado así Prosper WEIL ("El Derecho Administrativo, Madrid, 1966) que de la gran construcción clásica del Derecho Administrativo liberal, lo que persiste no son tanto sus soluciones prácticas cuanto sus dogmas.

Resulta sencillo verificar, en tal sentido, que dicha sistematización respondió a las necesidades prácticas de una época concreta aún cuando su gran valor estribó en su flexibilidad y capacidad de adaptación a los diversos regímenes políticos.

Toda sociedad se renueva y se modifica porque las propias estructuras humanas son cambiantes. Esto aún cuando no bastan, afortunadamente, deseos, proyectos, o simples decisiones para transformarla.

La Administración entra hoy y se instala en la vida personal de cada hombre. El simple hecho de prender una lámpara eléctrica implica el desarrollo de una compleja estructura estatal de producción y distribución de electricidad. Sin embargo los que

frecuentemente participan de tales decisiones son sólo los órganos de dirección administrativa, siendo cada vez menor el número de los que a nivel de consulta intervienen en ella.

Las democracias modernas a su vez, están sometidas a un directo riesgo de debilitamiento cuando los grupos sociales que la conforman están alejados, incomunicados o ajenos a la órbita de decisión ejecutiva o si ésta no garantiza mecanismos de transparencia, claridad y publicidad.

El Estado, y la Administración como parte misma de aquél, no tienen una vida que gira en el vacío, sin conexión alguna con las circunstancias reales de evolución del orden político, social y económico.

Estas inciden sobre las estructuras estatal y administrativa y requieren de las mismas su permanente adecuación a las exigencias que plantean. Pero ello obliga desde el punto de vista estrictamente jurídico, a precisar y depurar los principios y valores en los que se ha de enmarcar la progresiva imbricación de la sociedad y del Estado.

Estando la exigencia de participación en incremento, creemos que el Derecho debería atender los mecanismos que permitan una incardinación de los particulares en la Administración, a fin de posibilitar la intervención de aquellos en la toma de decisiones.

La vertiginosa ampliación de las tareas estatales, ha sido consecuencia (señala M.S. GIANNINI, Diritto Amministrativo, Tomo I, Milán, 1970, p. 48) del tránsito a un Estado pluriclasista más que de una opción libre y deliberada.

Desde la perspectiva de GUARINO (Efficienza e legittimità

dell'azione dello Stato: le funzioni della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1969, pag. 673) el paso del Stato limitado, construido según las categorías dogmáticas elaboradas en el siglo y concebido como una entidad dirigida a fines concretos: el orden público, la justicia, la defensa, etc., al estado responsable, responsable del desarrollo de la entera sociedad ha determinado la disminución en la relevancia de los efectos jurídicos de los actos públicos y la colocación en primer plano de los efectos de orden económico y social que los actos jurídicos públicos han de inducir. La legitimidad de la acción estatal estaría medida, en este sentido, por su capacidad para conseguir y mantener unas determinadas condiciones de vida. Desde la perspectiva jurídica parece posible destacar, en este sentido, que esta transformación, experimentada aún en la justificación, fines y cometidos estatales, no se ha visto acompañada por la necesaria reelaboración de los principios de su organización, funcionamiento y formas de actuación.

Este tránsito del Estado liberal de Derecho, al Estado Social de Derecho se ha realizado, en la práctica, sin una paralela revisión de muchas de las ideas, técnicas y categorías sobre las que descansa el Derecho Administrativo. En este sentido son ilustrativas las opiniones en la doctrina iuspublicista alemana de Georg MULLER (Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Ed. Helbling y Lichtenhahn, Basel y Stuttgart, 1979, pag. 13) y las opiniones

por él citadas de ACTERBERG, BOCKENFÖRDE, EICHLER, GESCH, KOPP, y STARK.

Aún antes de consagrarse constitucionalmente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 la idea del Estado Social, ésta aparece con precisa formulación ya en 1903 en un trabajo publicado por H. HELLER ("Estado de derecho o dictadura"). Sostiene allí este autor la tesis de que sólo la transformación del Estado de Derecho en un Estado social de Derecho, podría evitar la caída en un régimen dictatorial. La diferencia entre ambos, según HELLER, radicaría en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad.

En tal sentido lo importante para él sería que todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercerlos por igual, y con prescindencia de las relaciones sociales de poder.

La evolución de la categoría de Estado Social puede analizarse en M. GARCIA PELAYO ("Las transformaciones del Estado contemporáneo", ed. Alianza, Madrid, 1979) pero vale la cita de su origen, no sólo por la influencia de las ideas de HELLER (aún a pesar de las críticas de que fue objeto) sino por su formulación ligada íntimamente a las circunstancias para las que fue pensada.

Excede los límites de esta tesis el análisis de las interpretaciones y sentido que se le ha dado a tal expresión.

Desde su positivización en la Constitución alemana ("Art. 20.1.: La República Federal Alemana es un Estado Federal, democrático y social... Art. 28.1: El orden constitucional en los Lander debe responder a los principios del Estado de

Derecho republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución") diversas han sido las captaciones e interpretaciones de tal idea.

Así son ilustrativos los enunciados por Theo SCHILLER en Alemania ("Probleme einer Sozialstaatstheorie, 1980) quien la analiza como expresión de las acciones de intervención Social del Estado, como estado o situación social de bienestar, como política social y sistema de la Seguridad Social o como función del orden constitucional de carácter social -posición ésta que responde ya claramente a una perspectiva y metodología jurídica.

LA DIVISION DE PODERES, LA REPRESENTACION Y LAS POTESTADES

Derivado de la mayor interrelación del Estado y la sociedad, y de la mayor importancia adquirida por organizaciones tales como partidos políticos, sindicatos, grupos empresarios, organizaciones profesionales, etc., la opinión pública adquiere un papel cada vez más relevante, condicionada con frecuencia por los medios de comunicación social. El mandato representativo, aún cuando insustituible, se torna insuficiente frente a la permeabilidad de los órganos estatales que responden -además- a los partidos políticos, las organizaciones de intereses y la presión de la opinión pública.

Se habla así, en afirmación que no compartimos, de una "Crisis del mandato representativo" (A. TORRES DEL MORAL, Revista del Derecho). Coadyuva a tal situación la paulatina diversificación del centro de gravedad de las decisiones del clásico poder

preeminente, el Legislativo, al Ejecutivo, o en definitiva a la Administración.

Desde otra perspectiva la clásica identificación de los poderes sufre una notable flexibilidad sustancial en la medida que las competencias y funciones rebasan y superan la tradicional división de poderes. Es posible afirmar hoy que en muchos supuestos existe un desfase entre contenido y continente y entre las competencias realmente ejercidas y su distribución formal. Es así como la importancia del rol asumido por la Administración impide seguir considerándola como mera ejecutora y requiere cada vez con mayor vigor una progresiva ampliación de las competencias parlamentarias y una diversificación de los controles democráticos.

La Administración, como organización servicial pero con cometidos, tareas y responsabilidades propias constitucionalmente asignadas, se explica -en definitiva- por decisión directamente derivada de la Constitución que la sujeta y subordina a la ley.

Es ilustrativa la advertencia que formula Eduardo GARCIA DE ENTERRIA (Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1979) cuando señala que "todos los sujetos del ordenamiento reciben de éste determinadas potestades, pero el fenómeno es especialmente significativo en el caso de la Administración, que concreta en ello la técnica del principio de legalidad. Es a través de la potestad concretamente como se manifiesta el llamado en la teoría política "poder público", el cual, sea sociológica y estructuralmente lo que sea, se convierte jurídicamente en un haz de potestades singulares atribuidas a



la Administración por el ordenamiento. La técnica de la potestad, en el sentido que ha quedado explicada, que es una técnica de la teoría general del Derecho, encuentra en la expresión de una situación de poder público, de supremacía o superioridad, una manifestación especialmente adecuada. La potestad articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de cometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales cometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones. Constituye así el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas.

Pero es importante insistir en que desde un punto de vista formal esas potestades administrativas donde se expresa una inequívoca supremacía política no son diferentes técnicamente de las potestades que el ordenamiento atribuye a los particulares, aunque, naturalmente varíen en su contenido material concreto. Así la potestad paterno-filial, o la potestad de ocupar res nullius, o la potestad de acción o de poner en marcha los Tribunales o la potestad de autonomía privada, etc.

Por otra parte, sería un simplismo pretender que todas las potestades administrativas expresan necesariamente la superioridad política de la Administración, de modo que de ellas no surgiesen sino gravámenes para los súbditos. Ya hemos observado que es igualmente normal que del ejercicio de las

potestades administrativas surjan situaciones beneficiosas para los particulares, pero en cualquier caso ha de notarse que aún las potestades gravosas se construyen técnicamente de forma que inevitablemente son actuables con ocasión de su ejercicio derechos subjetivos de los particulares. Ello es una consecuencia directa de que tales potestades anuncian facultades estrictamente limitadas y condicionadas y no absolutas o ilimitadas. Desde ahora hemos de advertir que, por más que expresen con normalidad situaciones de poder público, las potestades administrativas ni son, ni pueden lógicamente ser, ilimitadas, incondicionadas y absolutas, sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esta limitación se articula una correlativa situación jurídico-activa de los ciudadanos. Es éste un principio capital en la concepción actual del Estado de Derecho.

Paralelamente, observamos que la participación ciudadana parece ser el descubrimiento de los últimos tiempos.

Por qué el ciudadano, soberano según el derecho constitucional, es considerado para el derecho administrativo un súbdito?

La paradoja ha sido planteada por Jean RIVERO, "A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui", (Melanges SAVATIER, 1963) para quien al surgir la democracia constitucional en Europa, la máquina del viejo Estado absoluto se enfrenta a una sociedad que quiere someter el poder público a su propio control; señala así que lo hace a través de una asamblea representativa a la cual el Gobierno queda subordinado. Así los asuntos públicos se decidirán por la Asamblea y a la Administración se le encomendaría estrictamente